

《紹介》

クラウス・ティーツケ「給付障碍と担保責任」

週刊法律新報一九九五年四七号

石 田 喜 久 夫

一 はじめに

わが国において、売主瑕疵担保責任の法的性質が、とりわけ債務不履行責任との関係で、はげしく論議されたことは、周知のとおりである。しかもなお、とくに判例をも視野に入れるときは、理論的歸一を見ていないことを、誰しも否定できないであろう。<sup>(1)</sup> いま、ドイツにおける法状況が、わが国における問題解明を直ちに左右しうるとは、到底考えられないとしても、かつて北川教授のドイツ法に基礎された研究が、法定責任論をゆるがすに到った歴史的事実に徴して、なにがしかの寄与を期待しうるのではないか、と信じる。ティーツケの論考<sup>(3)</sup>を紹介する所以である。あらかじめ彼の主張を要約すれば、次のようになる。

「特定物売買 (Stückkauf) における目的物の物的瑕疵 (Sachmangel) が、売主によって齎さるべき給付の部分的不能であるとすれば、給付障碍〔＝債務不履行〕に関する一般的規定と担保責任法との間に、どのような関

係が存在するか、という問題が浮上してくる。この問題は争われており、法状態は解明されていない。連邦（最高）裁判所（BGH）は、危険移転（Gefährübergang）前にはもっぱら給付障碍に関する一般的規定が、危険移転後はひたすら担保責任法の規定が適用される、という見解である。ティーツケは、かかる把握を適切であるとはみない。彼は、売買契約締結の時から、担保責任法が給付障碍に関する一般的規定を排除する、と考えており、その故に、BGHの判決を正しいと認めない<sup>(4)</sup>」。

（１）この点に関し、最も新しい情報を伝える、藤岡康宏Ⅱ磯村保Ⅱ浦川道太郎Ⅱ松本恒雄「民法Ⅳ―債権各論〔第二版〕」（有斐閣）「一九九五年」八六頁は、「売主責任の制度は、歴史的に発展してきたものであって、諸外国の法制度の中でもいろいろな構成が存在している。したがって、担保責任の性質は一義的に決まるものでなく、その理解においては、他の財産法の制度、とくに一般の債務不履行責任の体系と整合的な見解が採用されねばならない。そのように考えるとき、帰責事由の存在を成立要件とするわが国の債務不履行責任の体系の下では、これに売主の無過失責任である担保責任を接合することは難しく、その意味では、従来よりの通説であり、最近再び支持者の増えてきた法定責任説が無理のないものと云えよう」としている「浦川」。ある時期、学界を席卷する感のあった（２）（３）参照。債務不履行説が退潮を示しているようである。その因は、右の叙述を含めて、債務不履行の構造に対する考え方に問題があるところに、求められよう。

（２）北川善太郎「契約責任の研究」（有斐閣）「一九六一年」一六八頁以下は、「特定物において瑕疵のある物の給付は瑕疵なき履行である」とのパラドクシカルな命題を「特定物のドグマ」と呼び―この呼称は現在では人口に膾炙しているとみられる―、ドイツ民法学の内部から、これを克服し、担保責任を契約責任に統合する方向が打ち出されていることを確認したのち、「かかる方向は権利の瑕疵に対する責任との統一構成とあわせて契約責任の構造をより簡明に整理することを可能にする」（一九三頁）という。これに対し、法定責任論の驍将・柚木博士は、いわゆる債務不履行説を痛駁するにあたり、左のように格調高く法学者の作法を説かれたが、そこにも、ドイツ法に対する深い思い入れが、垣間みられる。煩を厭わず引用する所以である。「私の痛感するところは、必ずしもこの領域に限らぬことながら、特にこの領域においては、若い法学者の理論構成ないし理論的掘り下げが著しく貧困な点である。後述する北川〔善太郎〕助教授の諸論稿が学説史的側面から克

明にこの理論構成に取り組み、われらの古き頭脳に新鮮な考え方を注入した外は、諸家の論稿が著しくその数を誇示するに比して、質的にわれわれの理論に反省をしいるに足るところのものが、はなはだしく乏しかったということは、法学の今後の進展を考えると、一脈の淋しさを感じしめるものがある。あるいは世界的動向のみを云為して理論構成をもって余計の努力であるとし、あるいは常識論をふりかざして伝統的理論の非常識性を強調し、あるいは思いつきの理論を説いて通説反対の快を味うだけでは、法学は多く進展することはできないであろう。二十世紀の学者が、十九世紀までの理論の混濁にこらえきれずして精密な思索をもつてきざ上げてきたか担保責任の法定責任説構成に立ち向かうために、それらの理論構成を撃破するに足るべき強い理論的武器を用意すべきであろう。「博士の研究は、主としてドイツにおける emblemata Triboniani」にかかわるインテルポラティオ研究を土台としており、そのための労苦は莫大であったと思われる」。そうであっても、それらの議論は社会学者や商学者や場合によっては語学者によってすらされうることであつて、あえて優秀な法学者を要することはないであろう。あるいは、北川助教授の理論構成によって伝統的学説の理論的欠陥が『完膚なきまでにあらわにされた』から、すべては同氏に一任することとしよう、と考える見解もあるようであるけれども、同氏の理論自体——多くの答弁をわれらに強いるものがあつたことは事実ながら——ついにわれわれに見解を改めしめるに足るものが存しなかったこと、後にのべるが如くなのである。質的に充実した反対論が筆を揃えて展開されてこそ、われわれの主張は修正を余儀なくされることであろう。」(柚木馨「売主か担保責任の研究」『民商法雑誌四六卷六号』(一九六二年)三三—三四頁)。この部分は、のち、「売主瑕疵担保責任の研究」神戸法学双書3(有斐閣)(一九六三年)にまとめられたさい、全文削除された。

- (3) Klaus Tiedtke, *Leistungsstörung und Gewährleistung, Neue Juristische Wochenschrift* 1995, Heft 47 [22. Nov. 1995] SS. 3081—3085 (NJW 1995, 3081—3085) ドイツでもなお争われているが、BGH (Bundesgerichtshof 連邦(最高)裁判所)は、債務不履行説に固まっているようである。

- (4) Tiedtke, NJW 1955, 3081.

## 二 問題の発端

Kはその所有にかかる「建物つきの土地」（以下「本件土地」という）をWとJに、WとJは一九九〇年五月一二日にYに、同年五月一八日YはこれをXに、それぞれ売る契約を結んだ。XY間の売買契約における代金額は一二〇万マルクで、担保責任請求権（Gewährleistungsansprüche）は排除されており、所有権移転及び引渡の時期は同年八月一日とされていた。ところが、同年五月二四日にYの責に帰すべからざる火災によって、右土地の建物が焼失してしまった。その際、Kは、WとJとの売買においてアウフラッシングも所有権移転登記も未済であったので、彼らとの合意により、売買契約は成立しなかったこととし、建物に付せられていた火災保険契約に基づき、一五〇万マルクの保険金の支払いをうけた。それはともかく、XはYに対して、本件土地の所有権を移転し引渡すべきYの債務は履行不能になったことを理由に、三九万マルクの損害賠償（火災時の価額一九〇万マルクから、売買代金一二〇万マルクと他の金額を控除した約六七万マルクの損害額の一部）を訴求した。控訴裁判所（原審）は請求を棄却したが、BGHはこれを破棄し差し戻した<sup>(5)</sup>のである。

原審は、契約が履行されていたとすれば、Xは本件土地の所有権と占有を取得していたであろうが、火災保険金を入手することなしに、完全な代金額を支払わねばならず、Xは不履行によって、なんら不利益を被っていないとみるのに対し、BGHは三二三条二項（BGB，以下同じ）の引用する二八一条の権利を主張しうる、とするのである。その論理はこうである。火災被害は土地の物的瑕疵であって、履行されるべき義務（Verbindlichkeit）の部分的不能をも帰結し、その故に給付障碍に関する一般的規定が適用されうると。しかし、ティーツケは、そのように断定できるかは問題であるとして、「売買目的物に瑕疵のあることが、売買契約に基づいて売主に課せられた義務の一部不能

を導き、時と場合によつては、一部不能の際に生じる権利が、一部不能と物の瑕疵が合一する場合にも主張されうるのか、それとも、かかる場合には、もっぱら担保責任法が規準になるのかは、争われており、法状況は明らかでない。<sup>(6)</sup>」という。

(5) NJW 1995, 1737.

(6) Tiedtke, NJW 1995, 3018. 要するに、彼は、BGHが、Xは本件土地の引渡を拒否して、代償物等の交付を請求しうる、とするのに反対なのである。

参考までにドイツ民法典(BGB)の関係条文の試訳を掲げておく。

三二三条「責に帰すべからざる不能化」

(1) 双務契約により一方「当事者」に負わされている給付が、彼にも相手方「当事者」にも責めのない事情により不能となったときは、彼は反対給付に対する請求権を失う。部分的不能のさいには、反対給付は、四七二条「価値減少の算定」四七三条「売買代金としての物の給付」の規準に従い減額される。

(2) 他方が二八一条に従つて、債務として負担した客体の代わりに取得した代償「物」の引渡、もしくは、代償請求権の譲渡を請求する場合には、彼はなお反対給付をなすべき債務を負う。とはいえ、代償もしくは代償請求権の価値が、債務として負担した給付の価値に及ばない場合にかぎり、反対給付は四七二条・四七三条の規準に従い減額される。

(3) これらの規定に従つて債務として負担しない反対給付がなされれば、給付されたものは、不当利得の引渡に関する規定に従い、返還請求され得る。

二八一条「不能のさいの代償の引渡」

(1) 債務者が、給付を不能ならしめる事情により、債務として負担した客体にかわつて、代償または代償請求権を入手するときは、債権者は、代償として受け取ったものの引渡または、代償請求権の譲渡を請求しうる。

(2) 債権者が不履行による損害賠償請求権を有する場合において、一項に規定された権利を行使するときは、彼に給付されるべき損害賠償は、取得された代償または代償請求権の価値まで減じられる。

なお、二八一条は、第二編債務関係法 (Recht der Schuldverhältnisse)・第一章債務関係の内容 (Inhalt der Schuldverhältnisse)・第一節給付すべき義務 (Verpflichtung zur Leistung) 中の規定であるのに対し、三二三条は、第二編・第一章・第二節双務契約 (Gegenseitiger Vertrag) 中の条文である。

### 三 担保責任と給付障碍一般との関係

債務不履行法 (給付障碍一般法) と担保責任法との関係については、二つの見解が対峙している。

(1) 保障理論 (Gewährschaftstheorie)<sup>(7)</sup> の理論によれば、特定物売買の売主には、瑕疵の無い目的物を買主に供すべき義務は存しない。売主は、四三三条一項・四三四条により、負担のない物の所有権と占有を買主に調達するべき義務のみを負い、これを果しさえすれば、その物が瑕疵を帯びていても、売主は売買契約を完全に履行したことになる。したがって、担保責任法は不履行にかかわる責任を定めるものではない。ただ、買主が瑕疵の無い物入手したいと思ひ、これを売主がよく承知しており、代價も無瑕疵の物を顧慮して定められる、という世上一般に見られる事態 (代価と商品間の主観的 Äquivalenz = 対価性) は、いわば契約の基礎である。したがって、この基礎が欠けている場合には、契約から解放されるか、代金減額により Äquivalenz を回復するかである。この見地に拠れば、本件には、給付障碍に関する一般的規定は適用されない。

(2) 履行理論 (Erfüllungstheorie)<sup>(8)</sup>。これによると、売主は、買主に対して、瑕疵の無い目的物の所有権を取得させ、かつ引き渡すべき義務を負う。物の瑕疵についても、本来的に売主は、権利の瑕疵に対すると同じように、責任を負うべきところ、制定法は、売主を保護するために、責任を軽減したのである。しかし、(瑕疵) 担保責任がその性質上、不完全な履行に対する売主の責任であることを、変ずるものではない。かような履行理論の支持者は「給付

障碍に関する一般的規定すなわち三二〇条以下が、解除と代金減額に関する規定及び四六三条による損害賠償と並んで、適用されるとすれば、担保責任法がその課題を充足しえない<sup>(9)</sup>と主張する。つまり、給付障碍に関する一般的な規定は、担保責任法によって排除される、というのである。しかし、いかなる時点からこの排除を生じるかについては争いがある——より詳しくいうならば、危険移転したがって原則として売買目的物の引渡後は、担保責任規制のみが関わり、従って、買主には給付の一部不能を理由とするいかなる請求権も存しない、という点では一致がみられるものの、それ以前はどうなのかが、争われる——。

(a)説は、担保責任に関する規定は、はじめから、給付の一部不能に関する一般的規定の適用可能性を排除する、と説く。保障理論と結論を同じくする<sup>(10)</sup>。これに対し(b)説は、給付障碍に関する一般的な規定は、(対価)危険が買主に移転する時点において排除される、という。したがって、この時点までは一部不能に関する一般的規定のみが適用され、右時点以後はもっぱら担保責任法が妥当することとなる。本事案に即して云うなら、(b)説によれば、危険移転によつてはじめて給付障碍に関する一般的規定が排除されるのであるから、買主において、火災により損傷された土地の所有権移転を拒否するときは、右の一般的規定が適用される。瑕疵を帶有する土地の給付は、本件売買契約に基づいて買主が請求しうる給付に該らないからである<sup>(11)</sup>。(a)説にあっては、一部不能が物の瑕疵に起因する場合、一般的規定適用の余地のないこと、云うまでもない。

BGHの確定判例<sup>(12)</sup>は(b)説を採っており、危険移転前には一般的規定の適用に途を開いている。即ち、本件の如く、危険移転前に地上建物の火災により、土地売主の過責なしに一部不能となった場合には、買主は三二三条に基づく権利を主張しうる、とするわけである。つまり、一般的規定は、契約締結と危険移転との間の時期に適用されるのであるが、この建て前からすれば、売買目的物の瑕疵が除去され得ないか、売主が瑕疵の除去を拒否する場合にも、適用

されることとなる。しかし、売主が危険移転のさいに売買目的物に存する瑕疵につき責に任ずる、ということから、どうして、危険移転時にはじめて担保責任請求権が生じると云えるのであろうか。売主は、売買契約締結のさいに未だ存在せず、引渡までの間に生じた瑕疵についても、責に任じているではないか。ならば、瑕疵が初めから存在していた場合には締結時点に、その後生じたときはその生じた瞬間に、担保責任請求権が生じるとする見解はどうか<sup>(13)</sup>。これによっても、買主はこの請求権を原則として危険移転を俟ってはじめて主張しうる——売主は危険移転までは瑕疵を除去する権限を有する——。それまで瑕疵は潜在的 (latent) ないし休止している (suspendieren) のである。

右のように説いてきたティーツケは、いかなる時点で担保責任請求権の発生をみるか、という問題は、理論構成 (Konstruktion) よりも結果の妥当性——洵に当然とはいえ——により決められる (maßgebend) べきだとしたうえ、次のように発問している。BGHの見解によれば、売主は、原則として、売買契約締結のさいに買主が重過失により知らなかった目的物の瑕疵については責に任じない (四六〇条) のに、後日、その物の引渡前に瑕疵を認識するに至ると、もし右瑕疵が給付の部分的不能を帰結する場合には、買主において三三三条の権利を主張しうることとなる——四六〇条の迂回——。また、売主は、担保権に基づいてその目的物が公けの競売において売却される場合には、その物につき責を負わない (四六一條) にも拘わらず、引渡前においてはやはり三三三条に基づく権利が買主に存する、との結論に到る。このような帰結の必要性はどこにも存在しない、と彼はいう。むしろ、「両当事者の保護に値する利益は、担保責任のルールが売買契約の締結時から給付障碍に関する一般的規定を排除する場合に、保障される。これに対立するBGHの見解は、それ自体論証さるべくもない概念的衡量に基づくものであり、法律状態を複雑化するもので、事態に適合する (sachgerecht) もでない<sup>(14)</sup>。」とされる。

(7) わが国の法定責任説に相当しよう。モノグラフィーとして、ティーツケは、StB, Wesen und Rechtsgrund der Gewähr-



Leistung für Sachmangel, 1931. を挙げるほか、ラーレンツ (Larenz) エッサー＝ヴァイヤース (Esser / Weyers) を支持者としてゐる (Tiedtke, NJW 1995, 3082)。なお、次掲の二ヶ条は、第二編・第七章個々の債務関係 (Einzelne Schuldverhältnisse)・第一節売買・交換 (Kauf, Tausch)・第一款一般的规定 (Allgemeine Vorschriften) に属してゐる。四三三条「売主と買主の基本義務」(1) 売買契約によって、物の売主は、買主に物を引き渡し物に対する所有権を取得させるべき、義務を負う。権利の売主は、買主に権利を取得させ、権利が物の占有を正当化する場合には、その物を引き渡すべき義務を負う。

(2) 買主は、売主に合意された売買代金を支払い売買された物を引き取るべき義務を負う。

四三四条「権利の瑕疵担保責任」 売主は、買主に、第三者によって買主に対し主張されうる権利の存しない売却された客体を、取得させる義務を負う。

(8) わが国の債務不履行説に該る。BGHの採るところであり、Flume, *Eigenschaftsirtum und Kauf*, 1984; Herberger, *Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1974. をついで、ブロックス (Brox) エルマン (Erman) グルーネヴァルト (Grunewald) フーバー (Huber) ラーベ (Raape) など多数の学者が支持する。

(9) Tiedtke, NJW 1995, 3082. なお、四六三条は第二編・第七章・第一節・第二款瑕疵担保責任 (Gewährleistung wegen Mängel der Sache) に属し、三三〇条以下は第七章・第一節・第一款の規定である。

四六三条「不履行による損害賠償」 売却された物が売買の時に保障された性質を欠くときは、買主は、解除ないし代金減額に代えて、不履行を理由とする損害賠償を請求しうる。売主が瑕疵を悪意を以て (arglistig) 黙秘したときも、同様である。

(10) この説に関しTiedtke, NJW 1955, 3082 は、ゾエルゲル＝フーバー (Soergel-Huber) のみを挙げ、「一部不能に関する一般的规定が概念的な根拠から適用されないのか、…契約締結時から排除されるのかは、なんら重要ではない」(Reinike / Tiedtke, *Kaufrecht*, S. 103) とする。

(11) メツガー (Mezger) エルマン＝グルーネヴァルト、ヤウエルニヒ (Jauernig) など。

(12) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft (BGHZ) 114, 34 = NJW 1991, 1675; BGH, NJW 1991, 1048; BGHZ 60, 319 = NJW 1973, 1234; BGHZ 10, 24 = NJW 1953, 1505. その前提として、「土地売買契約の履行が、一緒に買った地上建物の火災による滅失の故に、その過責なしに、危険移転前に土地売主にとって、部分的不能を生じたときは、買主は三二六条に基づく権利を主張しうる。」(NJW 1995, 1737) という類いの命題が存在しているのだが、学説の多くは反対である。パースト＝プツォ (Palandt / Putzo) 、ゾエルゲル＝フーバー、シュタウディングアー＝ホンゼ (Staudinger / Honsell) など。

(13) Larenz, Schuldrecht Bd. II, 13. Aufl. §41.

(14) Tiedtke, NJW 1995, 3083. なお、四六〇条・四六一條は瑕疵担保責任に関する。

四六〇条〔買主の認識〕 買主が売買の締結のさい瑕疵を知っていた場合には、売主は売却した物の瑕疵につき責に任じない。買主に、四五九条一項〔瑕疵担保責任〕に云う類いの瑕疵が、重過失により認識されないうままであったならば、売主は、欠陥の不存在を保証したのでないかぎり、欠陥を悪意を以て黙秘した場合にのみ、責を負う。

四六一條〔担保物売却〕 物が、担保権に基づいて公けの競売において、担保物として表示され、売却される場合には、売主は、売却された物の瑕疵について、責を負われない。

#### 四 瑕疵担保責任排除の効力

本件の事案においては、瑕疵担保ゆえの請求権が売買契約のなかで、有効に排除されている。そこで、排除特約の及ぶ範囲について問題が生じる。

(1) 排除する瑕疵の範囲 まず、責任免責条項 (Haftungsfreizeichnung) は、原則として、締約時にすでに存在した瑕疵のみ関すると、狭く解する考え方もみられるが、ティーツケは、締結後に生じた欠陥 (もちろん危険移転前) を含む、すべての瑕疵に対する責任が免責されると主張し、その理由を述べていう。「売主は、危険移転の際

に目的物に欠陥がなかったときの状態にあることを、望んでいる。このことは買主においても認識しうるところである。つまり、売主が、締約時にすでに存在した瑕疵につき責に任じたくない場合には、後になってはじめて生じる、己の責に帰すべからざる瑕疵については、なおさら責に任じたくないであろう。排除の中には、物に関する対価危険の予めの移転 (Vorverlegung der Preisgefahr) が存するのであり、買主は、対価危険を、そのかぎりでは契約締結とともに負担しているのである。<sup>(16)</sup>」と。

(2) 給付障碍に関する一般的規定は再生しない 本件の責任排除特約は火災被害の担保責任にも及ぶが、だからといって、給付障碍に関する一般的な請求権を再生させることはない。この請求権は制定法によって排除されているからである。もし右の再生を認めるときは、瑕疵担保責任の契約による排除は、その目的を達成しえないこととなって不都合である。かような思想は、「売買法の担保責任の領域では、錯誤取消は四五九条以下の特則によって制定法上排除されており、たんに、契約当事者が許容されるやり方で契約により担保責任を排除したことによって、再生されるものではない。<sup>(17)</sup>」との判示や、「買主に取消権行使を許容するがときは、担保責任排除によって目ざされた危険の限定 (Risikobeschränkung) を、ほとんど価値なきものとするであろう。」<sup>(18)</sup>という説述にも、看取される。

(3) 責任排除の法的効果 担保責任排除の特約がある場合でも、目的物に瑕疵があるときは、買主は契約違反としてその物の引取を拒否しうるか。これを肯定するのは妥当でない、とティーツケは説く。すなわち、この場合、売主は目的物の瑕疵につき、それが契約時に存在していたか、のちにはじめて生じたものであるかを問わず、責に任じないのであるから、買主は瑕疵のある物を引き取らねばならず売買代金金額を支払わなければならない。その限りで買主は保護されないのだが、彼は担保責任の排除に同意したのであるから、保護に値いしない、<sup>(19)</sup>というのである。

(15) といひは、'wie besichtigt' 'wie es steht' 'wie es steht und liegt' 'in dem Zustand, dem es sich zur Zeit befindet' といふ

書式でなされることもあるが、そうでなくても自明である、とフーバーはいうが(OLG Hamm, NJW 1993, 1366 も同様)、同意し得なう(Tiedtke, NJW 1995, 3084)。

(16) Vgl. BGHZ 114, 34 = NJW 1991, 1675. (Tiedtke, NJW 1995, 3084)

(17) 四五九条「瑕疵担保責任」(1) 物の売主は買主に対して、危険が買主に移転する時点において、物が、価値または通常のもしくは契約によって予定された用途への適合性を、無にするか減少させる欠陥を、帯びていないことにつき責に任じる。価値もしくは用途適合性(Tauglichkeit)の減少が重大でなければ、問題とならない。

(2) 売主は、物が危険の移転時に保障された性質をもっていることについても、責に任じる。

(18) Vgl. NJW 1975, 970.

(19) 合意された責任排除は、危険移転前の時点で、売主の給付義務の範囲を限定するものであって、売主が瑕疵につき責に任じないときにも、目的物に瑕疵があることは契約に違反するが故に、買主はこの目的物を引き取る必要はない、などと考えるべきでない。(Tiedtke, NJW 1995, 3085)

## 五 二八一条の類推適用

すでに言及したように、三三三条は二八一条を準用している。多少の重複をおそれずに云うなら、二八一条は、債務者(本件では売主のY)が、給付を不能ならしめる事情(Umstände)によって、債務の客体に代わって代償(Ersatz)または代償請求権を取得したことを要件としている。しかしながら、Yは、買主たるXにその種の給付を得させるべき義務、すなわちXに、瑕疵の無い土地の所有権を取得させ引き渡すべき義務を負うていないのであるから、同条の直接適用は問題外である。しかし、類推適用は考察に入りうるであろう。Yが土地所有者で、火災被害の代償につき保険者に対する債権者であれば、Xに保険金額に対する請求権を譲渡しなければならなかったであろう。

Yはこの請求権を保有しえない。というのは、Yの利益は、Xが土地を現状で受け取り、Yに完全な代価を支払わねばならないことにより保障されているからである。Yは、火災被害により、この被害が無かったときより良い状態に置かれるべきではない。さればといって、保険者を補償義務(Ersatzpflicht)から解放するのも、気の利かない断である。だから、保険者に対する請求権をXに譲渡するか、それとも、すでに貰っている場合には保険金額のXへの引渡を、Yに義務づける以外に、いかなる解決も存しない。

二八一条の類推適用は、売主が損害の補償につき保険者に対する請求権を有することを、前提とする。本件では、右請求権はKに帰属し、保険金額もKに支払われた(Yが保険契約者である場合を想定すれば、わかり易い)ゆえ、前提を欠く。ところで、YはXに対し、その種の(Xに譲渡すべき)請求権が存在するよう配慮すべき義務を負うものではない。<sup>(20)</sup>

(20) BGHZ 114, 34 = NJW 1991, 1675 は、売主は二百八十一条に従って、彼が事実上代償として取得したもののみを、引き渡す必要がある、と陳べた。もちろん、売主がその種の請求権を取得するときは、彼は完全な売買代金の支払いを求める以上の請求をなし得ないから、右の請求権を買主に譲渡しなければならないこと、いうまでもない。この問題については、つとにテーターケがNJW 1992, 3213において詳しくBGHの判決を検討しているが、このたびは、これに言及する余裕がない。

## 六 結 語

テーターケの結びはこうである。

「ともかくBGHの見解には同意すべきではない。Xの請求は、控訴裁判所も判決したように、棄却されねばなら

ない。たしかに、XはYに対して、不履行ゆえの損害賠償請求権、即ち、Yが一九九〇年八月一日にXへ土地の所有権を移転し引き渡し得なかったことによって、Xに生じた損害の賠償請求権を有する。しかし、Xは、不履行によって、主張にかかる損害を被っていない。YがXに、土地をこの時点において存在したようなかたちで、その所有権を移転し引き渡した（売主はそれ以上の義務を負わない）ならば、Xはこれに対して——彼らに保険金額が役立ちうることなく——完全に売買代金を支払わねばならない。Yが、保険金額に対する請求権を取得しうるとするならば、彼はその請求権をXに譲渡しなければならない。しかし、Yはさような権利を取得せず、また、それをXに譲渡しうるように、個人的にその種の請求権を基礎づける義務を負わない<sup>(21)</sup>」。

(21) Tiedke, NJW 1995, 3085. 要するに、彼の見解の骨子は、瑕疵担保責任は債務不履行責任とその性質を同じくするが、特定物売買についての特則であり、債務不履行に関する一般規定を排斥する、とするものであり、わたくしも同じ趣旨を説いたことがある。すなわち、特定物売買の売主にも、完全な性質を備えた（瑕疵のない）物を給付すべき義務ありとしたい。え、「特定物売買にあつては、目的物は当初から『この物』に決まっております、『この物』に瑕疵があつたとしても、代替しうる物は、厳密に云えば、存在しない。そこで、瑕疵を補填すべき金額の請求（損害賠償請求）を、買主に認めることで、代替せざるを得ないのである。金銭による補填では、契約目的を達しえないときは、解除より途はない。かような文脈のもとに、民法五七〇条が規定されたのである。」（石田喜久夫「断簡売主瑕疵担保責任」神戸法学年報第五号「一九八九年」一九二頁）とするものであり、ティーツケの所説に共感を覚える。尤も、責任排除をめぐる論議に関しては、これまで深く考えたことはなく、貴重な示唆をうけた。